

UMA ANÁLISE SOBRE A AÇÃO POPULAR COMO PROTEÇÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA EM FACE DE ATOS LESIVOS PRATICADOS NO CONTEXTO PANDÊMICO

AN ANALYSIS OF THE CLASS ACTION AS PROTECTION OF ADMINISTRATIVE MORALITY IN FACE OF LESIVE ACTS PRACTICED IN PANDEMIC CONTEXT

Thainá Penha Pádua¹

Camila Giovana Xavier de Oliveira Frazão²

Ricardo Alexandre Lopes Assunção³

Recebido/Received: 17.03.2022/March 17th, 2022

Aprovado/Approved: 12.05.2022/May 12th, 2022

RESUMO: O presente trabalho busca abordar a evolução da ação popular e a importância da participação do cidadão na proteção contra atos lesivos à moralidade administrativa, evidenciando que em tempos de pandemia, o aumento de atos e decretos para conter a epidemia relegaram tal princípio norteador da administração. O método de pesquisa utilizado foi o descritivo-analítico, partindo de pesquisa bibliográfica, revisão literária e documental para apontar que o princípio da moralidade administrativa embora, por si só, validasse a ação popular, não foi cogitado quando do enfrentamento do tema, demonstrando-se a relevância e necessário aperfeiçoamento da ação popular para esta finalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Ação popular; moralidade administrativa; atos lesivos; pandemia covid-19.

ABSTRACT: This paper seeks to address the evolution of popular action and the importance of citizen participation in protecting against acts harmful to administrative morality, showing that in times of pandemic, the increase in acts and decrees to contain the epidemic relegated this guiding principle of administration. The research method used was descriptive-analytical, based on bibliographic research, literary and

¹ Mestranda do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Proteção aos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Pós-Graduada em Direito Processual pela Fundação Educacional de Oliveira - FEOL. Pós-Graduada em Direito Penal pela Damásio S/A. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Lavras. Advogada. Professora de Direito na Graduação e Pós-Graduação *lato sensu*.

² Mestranda do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Proteção aos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Pós-Graduada em Direito Material e Processual do Trabalho pela Faculdade Pitágoras, Unidade Divinópolis. Bacharel em Direito pela Faculdade Pitágoras, Unidade Divinópolis. Advogada. Professora do Centro Universitário UNA, Unidades Bom Despacho/MG e Divinópolis/MG

³ Mestrando do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Proteção aos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Pós-Graduado em Direito Empresarial pela UNIPAC-Universidade Presidente Antônio Carlos de Bom Despacho/MG. Bacharel em Direito pela FADOM-Faculdade de Direito do Oeste de Minas. Advogado. Professor do Centro Universitário UNA de Bom Despacho/MG.

documentary review to point out that the principle of administrative morality, although by itself validating popular action, was not considered when dealing with the theme, demonstrating that whether the relevance and necessary improvement of popular action for this purpose.

KEYWORDS: Class action; administrative morality; harmful acts; covid-19 pandemic.

INTRODUÇÃO

O planeta enfrenta grave pandemia provocada pelo Coronavírus COVID-19 contabilizando mais de 4.654.548 mortes em todo mundo. Apenas no Brasil, o número de mortes já chegou a 587.797, ficando, apenas atrás dos Estados Unidos que somam 659.336 mortes¹.

O Coronavírus é uma família de vírus, sendo o causador da doença COVID-19 identificado como SARS-COV-2. A sigla SARS significa Síndrome Respiratória Aguda Grave. O nome atribuído “COVID-19” é junção dos termos Corona, Vírus e Doença, mais o ano de sua descoberta na China, 2019.

A pandemia do COVID-19 não é a primeira e nem a maior da história, ao menos até o momento, mas já é considerada a maior do século XXI, colocando em xeque toda uma sociedade e a capacidade de seus líderes em adotar políticas públicas para minimizar e conter os devastadores efeitos da doença.

Ao longo da antiguidade, pandemias, epidemias e guerras foram mais comuns do que se imagina. Contudo, no contexto histórico a pandemia do COVID-19 assume relevante desafio para as democracias em termo de sensibilização e empatia.

Como lembra Jean La Fontaine, poeta e fabulista do século XVII, referindo-se a uma epidemia de seu tempo: “nem todos morreram, mas todos foram atingidos”².

Com a adoção de medidas pontuais para conter o novo Coronavírus, não restam dúvidas que mesmo aqueles que não contraíram a doença em menor ou maior grau será atingido por seus efeitos colaterais: quarentena, isolamento social, suspensão de atividades escolares, fechamento da indústria e comércio dentre inúmeras outras medidas.

¹ Fonte: OMS – Organização Mundial de Saúde, 17/09/2021, disponível em: <https://covid19.who.int/>

² “Um mal que espalha o terror / mal que os céus, em sua fúria, enviaram para punir os crimes da terra / Uma peste – pois é preciso chamá-la por seu nome / capaz de abastecer o Aqueronte num único dia / fez entre os animais a guerra / Nem todos morriam, mas todos eram atingidos”. LAPOUGE, Gilles. “Nem todos morriam, mas todos eram atingidos”. Estadão, São Paulo, 15 de Abril de 2020, disponível em <https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,nem-todos-morriam-mas-todos-eram-atingidos,70003271281>.

Neste cenário, surge a Lei 13.979 de 06 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do Coronavírus e os Decretos Presidenciais 10.282 e 10.292 ambos de 2020 que a regulamentam. No dia 20 de março de 2020 foi publicada a Medida Provisória 926 que alterou alguns artigos da lei, notadamente quanto aos procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos de emergência em saúde pública, esvaziando a competência e a responsabilidade constitucional de estados e municípios para executar medidas sanitárias.

Indagando o uso adequado das prerrogativas do governo federal em enfrentar a emergência de saúde pública, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aviou a ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672/DF¹ a qual restou reconhecido e assegurado o exercício da competência concorrente dos governos estaduais e distritais e suplementar dos governos municipais.

No mesmo sentido, o reconhecimento da competência concorrente, em termos de saúde, dos Estados e Municípios também foi evidenciada pela ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341/DF proposta pelo Partido Democrático Trabalhista².

Sem aprofundar acerca da distribuição constitucional de competências e seus limites para editar normas em matéria de saúde, verifica-se que a ausência de controle hierárquico para adoção de medidas impostas pelo governo, culminaram em uma infinidade de atos e decretos nem sempre revestidos e acobertados pelo crivo da moralidade administrativa.

O presente artigo aborda em seu primeiro capítulo a origem da ação popular, fazendo uma breve digressão histórica, traçando a seguir os conceitos e características da ação popular na atual legislação brasileira.

A seguir, analisamos o princípio da moralidade administrativa como forma autônoma a ser tutelado pela ação popular e sua aplicação contra atos lesivos praticados em tempos de pandemia, demonstrando que tal princípio muitas vezes tem sido relegado no enfrentamento do tema.

O método de pesquisa utilizado foi o descritivo-analítico, partindo de pesquisa bibliográfica, revisão literária e análise jurisprudencial sobre o tema, com o propósito

¹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>

² Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>

de colaborar para o debate sobre a importância de evidenciarmos o princípio da moralidade administrativa, mesmo de forma autônoma, contra atos lesivos praticados em razão da pandemia.

1 AÇÃO POPULAR

1.1 Breve origem histórica da Ação Popular

As raízes da Ação Popular remontam ao Direito Romano onde o cidadão dotado de espírito cívico poderia buscar a tutela de um bem, valor ou interesse, mesmo que diretamente não lhe pertencesse.

No direito romano, o Estado não era visto como algo distante do cidadão, com personalidade jurídica própria. As expressões povo e Estado apresentavam conteúdo equivalente, o que tornava os direitos e bens públicos pertencentes a todos os cidadãos romanos, numa espécie de condomínio.

A ação popular era, então, concebida como uma forma de o próprio cidadão proteger um bem público, que também lhe pertencia. Estaria, assim, a defender interesse indivisível da própria coletividade, da qual fazia parte. Além disso, a ação popular romana era supletiva: o autor popular “representava” o poder público. No direito brasileiro, como veremos é corretiva, ou seja, é movida em face do Poder Público.

Embora a *acotio* romana inicialmente exigisse um interesse pessoal e direito exercido pelo titular do Direito, as ações populares eram aceitas como uma exceção àquele princípio, justamente porque através delas o cidadão perseguia um fim altruísta, de defesa dos bens e valores mais altos ao interno das *genes* (MANCUSO, 2019).

Daí o famoso aforisma de Paulo, invocado por José Frederico Marques (*república interest quam plurimus ad defendam suam causa* (interessa à República que sejam muitos os defensores de sua causa)).

Para o cidadão romano, os bens de uso comum, tais os caminhos, as praças, os rio, os cemitérios, eram vistos como uma universalidade indivisa, na qual também se integravam o próprio cidadão e o Estado, o que tornava embatidos os contornos do que hoje conhecemos como interesse individual e interesse público (MANCUSO, 2019).

Inicialmente o cidadão Romano só agia nos casos em que o interesse público convergisse com seu interesse particular. Esta sinergia de interesses posteriormente desenvolveu-se, e o pretor a estendeu a dois outros aspectos: autorizava os particulares a agirem mesmo nas hipóteses em que não tinham qualquer interesse pessoal; e, em seguida, substituiu os interditos por meios mais diretos, as chamadas *in fartum actionem*.

Assim, a *acotio popularis* (*ação popular*) não tutela interesses privados nem propriamente públicos, mas situa-se num campo intermediário, hoje denominado interesses difusos, que, a rigor, não são públicos nem privados, mas concernentes a sujeitos indeterminados, incidindo sobre um objeto indivisível, conforme dispõe o art. 81, § único I da Lei 8078/90.

Até quando e onde o Direito Romano manteve sua poderosa influência e foi aplicado como direito comum, essa ação foi observada e adotada compativelmente com os regulamentos políticos dos Estados e das cidades, em que o direito mesmo se impôs. O Direito bárbaro não conheceu esse instituto de modo específico, não encontrando correspondência no direito feudal, onde o regime político assume caráter de absolutismo e de despotismo.

Para Ricardo de Barros Leonel (2006, p. 48), a sabedoria e o espírito prático dos romanos perdurou ao longo dos tempos, pois o incipiente remédio, por eles primordialmente criado para a tutela dos interesses coletivos, continuou presente nos ordenamentos jurídicos da época contemporânea.

Resquícios da ação popular no direito estrangeiro moderno e contemporâneo mantiveram ascensão, na razão direta em que os cidadãos estejam conscientes da absoluta necessidade da participação de todos na gestão da coisa pública (MANCUSO, 2019, p. 54-62).

Os antigos juristas portugueses e brasileiros reportavam-se às fontes romanas para qualificar como populares certas ações intentadas em matéria de proteção a bens de uso comum do povo.

A doutrina brasileira toma como marco da ação popular o art. 113, inciso 38, da Constituição de 1934. Que com todas as letras expressamente dispunha:

Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios (BRASIL, 1934).

O art. 5º, LXXIII, da Constituição de 1988, legitima qualquer cidadão para ajuizar ação popular que “vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de

entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Pela nova redação, além da Administração Direta, também as entidades paraestatais terão seus atos controlados pela ação popular.

A referência ao meio ambiente pela Constituição de 1988 amplia a mera alusão a bens de direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, da Lei no 4.717/65. O meio ambiente, em todos os seus desdobramentos, não estava contido na redação da Lei no 4.717/65 e, nesse sentido, houve importante alargamento com o novo Texto Constitucional.

Vale lembrar que, se o Ministério Público não aparece legitimado para a ação popular constitucional (art. 5º LXXIII) não há que se negar, contudo, que pode o *Parquet*, mercê da ação civil pública, perseguir fins análogos, conforme se extrai à leitura do previsto no art. 25, IV, “b” da Lei 8625/93.

1.2 Conceito e características da Ação Popular

A ação popular pode ser conceituada como o instrumento constitucional de que pode se valer o cidadão com vistas à anulação ou à declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa e ao patrimônio histórico e cultura (MEIRELLES, 2016, p. 190).

Por meio da ação popular, qualquer cidadão fica investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza política. Trata-se de manifestação direta do poder popular, positivado no parágrafo único do art. 1º da Constituição de Federal de 1988: “todo poder emana do povo” (NIMER, 2016, p. 141).

Segundo Eurico Ferrarese (2019, p. 175) a natureza da ação popular constitucional pode ser visualizada sob três enfoques. O primeiro é o constitucional, que atribui à ação popular a natureza de remédio constitucional e instrumento de garantia, porquanto está prevista no art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, ou seja, ao lado das principais ações constitucionais (habeas corpus, mandado de segurança, habeas data, mandado de injunção).

O segundo enfoque enxerga, na ação popular, um instrumento de controle dos atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Seria, pois, uma forma de controle

jurisdicional, um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, atribuído a qualquer cidadão.

Por fim, em um terceiro enfoque, a ação popular pode ser analisada sob o aspecto processual, porquanto configura uma ação civil. Ademais, a ação popular também tem natureza condenatória, em virtude da possibilidade da imediata condenação dos administradores, dos agentes administrativos e de terceiros citados como réus na ação, os quais são condenados desde logo, ou seja, no mesmo processo, ao ressarcimento dos cofres públicos.

Trata-se, portanto, de ação com natureza eclética, mista, em razão das naturezas constitutiva e condenatória.

Quanto à legitimidade estabelece a Constituição Federal de 1988 que qualquer cidadão é parte legítima para propor a ação popular. Com efeito, a prova da cidadania para ingresso em juízo, conforme dispõe o art. 1º § 3º da Lei 4.717/65 será feita com o título eleitoral, ou com documento que ele corresponda.

Conforme súmula 365 do STF a “pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular”.

Os sujeitos passivos e assistentes da ação popular estão enumerados no art. 6º da Lei no 4.717/65. Afirma citado dispositivo que a demanda será movida em face das pessoas públicas ou privadas e das entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

Quanto ao promotor de justiça oficiante nos autos, que a melhor doutrina qualifica como “parte pública autônoma”, apesar de não ter legitimação ativa originária para propor a ação popular enquanto órgão do Ministério Público (podendo fazê-lo, naturalmente, como simples cidadão), somente podendo atuar como: a) custos legis e agente impulsionador da produção probatória; b) legitimado ativo subsidiário ulterior, na eventualidade de o autor originário dela desistir ou abandonar o feito e c) exequente subsidiário ulterior, caso o autor popular não execute o julgado dentro de 60 dias do trânsito em julgado, nos termos do art. 16 da Lei 4717/65 (MANCUSO, 2019, p. 92)

O procedimento da ação popular comporta litisconsórcio (artigos 113 a 118 do CPC) e assistência (artigos 119 a 124 do CPC), tanto no polo ativo quanto no passivo. A Lei da Ação Popular (art. 6º, §5º) é expressa no sentido da possibilidade

de o cidadão ser assistente litisconsorcial do autor popular. Quanto às modalidades de intervenção de terceiro Patrícia Miranda Tizol (2019, p.105) entende que em relação ao chamamento ao processo e à denunciação da lide, incide a vedação do art. 88 do CDC; as outras modalidades de intervenção de terceiro se aplicam, em tese, à ação popular.

Em relação à competência territorial, será competente o juízo local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano. Isso porque a ação popular é instrumento destinado à tutela de direitos coletivos *latu senso* e sujeita-se ao regime da jurisdição civil coletiva, aplicável às ações coletivas em geral, conforme dispõe o art. 2º da LACP e 93 do CDC (PIZZOL, 2019, p. 107).

A competência da União atrai a do Estado quando houver interesse comum a tais pessoas de direito público interno, assim como a do Estado traz para si a do Município, desde que haja juízo privativo dos feitos da Fazenda estadual.

Ademais, a propositura da ação previne a jurisdição do juízo para todas as ações que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos (art. 5º, § 3º, da Lei n. 4.717/64), não se limitando essa regra de prevenção às ações populares, mas a todas as ações coletivas, como as ações civis públicas ou os mandados de segurança coletivos a respeito da matéria.

Todas as espécies de tutela prevista no Código de Processo Civil podem ser concedidas subsidiariamente em processo de ação popular. Assim, além da tutela de conhecimento, é plenamente cabível a tutela cautelar, antecipatória e executiva.

No tocante à tutela jurisdicional de conhecimento a ser pleiteada por via da ação popular (objeto imediato), nos termos do art.11 da Lei 4717/65 a sentença de procedência da ação popular, além de declarar a invalidade do ato impugnado, condenará o réu ao ressarcimento por perdas e danos.

Em função de interpretação literal do art. 11 surgiu posicionamento restritivo no sentido de que a sentença de conhecimento da ação popular somente pode ter por conteúdo a tutela desconstitutiva do ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa e eventual tutela condenatória de recomposição do dano causado.

Para Susana Henriques da Costa (2015, p. 111) este não parece ser o entendimento que melhor se coaduna com o atual modelo processual brasileiro. É que a lei da ação popular editada em 1965 fora concebida em uma época em que o direito processual ainda não estava plenamente desenvolvido, devendo o art. 11º ser

analisado dentro do contexto histórico de seu surgimento, devendo ser interpretado de acordo com os princípios atualmente vigentes.

Se o modelo processual brasileiro deve ser visto sob o enfoque da efetividade, do acesso à justiça, da visão instrumentalista, da inafastabilidade da tutela jurisdicional, restringir o objeto imediato da ação popular a pedidos condenatórios e desconstitutivos redundaria numa ofensa a esses princípios, além de prejudicaria a prestação jurisdicional (MANCUSO, 2019, p. 183)

A ação popular não tem por objetivo somente a tutela do erário, trazendo em seu bojo supostas violações ou ameaças de violações a interesses difusos que não podem ser tutelados apenas por tutelas reparatórias. Necessário conceder, até em nome da garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, proteção ampla, específica e integral aos interesses metaindividuais, com a possibilidade de concessão de tutelas inibitórias, mandamentais, executivas, dentre outras.

Onde o legislador de 1965 previu a possibilidade de condenação em perdas e danos do responsável, deve-se entender pela possibilidade de aplicação de todas as medidas existentes e necessárias para o desfazimento do dano e, somente em último caso, sendo este irreversível, buscar-se a condenação ao ressarcimento por perdas e danos (COSTA, 2015, p. 112).

2 DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 Princípio da moralidade administrativa como causa autônoma na Ação Popular

O princípio da moralidade administrativa goza, no ordenamento jurídico brasileiro, de condição privilegiada. Figura expressamente em nossa Constituição, que, ao indicar os princípios reitores da Administração Pública (art. 37, caput), assim estabelece: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A moralidade administrativa, a partir da Constituição de 1988, torna-se pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública.

Da mesma forma, prevê a Carta, no art. 5º, LXXIII, que qualquer cidadão poderá ajuizar ação popular para combater ato que, dentre outras hipóteses, atente

contra a moralidade administrativa. Ainda, no § 4º do art. 37, dispõe que atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário.

A introdução do princípio da moralidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro através da Constituição Federal de 1988 representa um divisor de águas, eis que até então a improbidade administrativa constituía infração prevista e definida apenas para os agentes políticos.

Segundo Luís Otávio Sequeira de Cerqueira (2020, p. 69) após a inserção do princípio da moralidade na Constituição, a exigência de moralidade estendeu-se a toda a administração pública.

Contudo, pergunta que ecoa é em que consistiria a moralidade e como defendê-la? O próprio conceito de moralidade é variável conforme tempo e espaço. O que é imoral em determinado lugar não o é em outro. O imoral de ontem é o moral amanhã (GAJARDONI, 2012, p.106).

Em razão de uma indeterminação jurídica do conceito de moralidade, dentre os objetos tutelados pela ação popular, este desperta maior dificuldade de aplicação prática e diversidade de interpretações.

O senso e a consciência moral permeiam a existência da humanidade desde longínqua data, sendo alvo de importantes estudos no campo da filosofia.

Os romanos há muito distinguiam Direito e a moral com o brocardo *non omne quod licet honestum est*, ou seja, “nem tudo que é lícito é honesto”. Para Rodolfo Mancuso (2019, p. 119)

a moralidade administrativa situa-se na zona fronteira entre o Direito (normas de conduta atributivas, coercitivas e exigíveis) e a moral (normas de conduta aderentes aos sentidos do justo, do equitativo e do senso comum), e daí a dificuldade em conceitua-la, a par de uma certa resistência em admiti-la como categoria jurídica autônoma, ao argumento (inconvincente!) de aí se cuidar de conceito vago ou indeterminado, suscetível de subjetivismos.

Atendo-se ao conteúdo jurídico do conceito e princípio da moralidade administrativa sem divagar sobre a ótica filosófica, é possível afirmar que a moralidade administrativa é um parâmetro capaz de medir a proporção entre os meios e os fins, orientando a diferença entre a boa e má administração e deriva da legitimidade política e da finalidade pública (NIMER, 2016, p. 106).

Segundo Rodolfo Mancuso (2019, p.118) atribui-se a Hauriu os primeiros conceitos de moralidade administrativa que retirava o conjunto de regras de conduta

da disciplina interior da administração e propunha que, além de controle da mera legalidade dos atos administrativos, pelos meios ordinários, impunha-se o contraste de algo mais consistente no exame de eventual desvio de poder da ação administrativa.

Para o citado autor, posteriormente o conceito foi desenvolvido por Walter como:

A moralidade administrativa, que nos propomos a estudar, não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras da boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o bem e o mal, mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa.

Para Fernanda Marinella (2018, p.86) o princípio da moralidade exige que a Administração e seus agentes atuem em conformidade com princípios éticos aceitáveis socialmente. Esse princípio se relaciona com a ideia de honestidade, exigindo a estrita observância de padrões éticos, de boa-fé, de lealdade, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

Muito se indaga se a defesa da moralidade administrativa permite a propositura da ação popular, independentemente da ocorrência de ilegalidade ou dano ao patrimônio público.

A doutrina administrativa até hoje dissente sobre quais podem ser os fundamentos (causa de pedir) do pedido de tutela do patrimônio público na ação popular: se basta a alegação de lesividade ou se esta deve ser precedida da alegação de ilegalidade.

Não raras vezes o STJ tem afirmado que é cediço que, em sede de ação popular, a lesividade legal deve ser acompanhada de um prejuízo.

Para o referido Tribunal, abalizado na doutrina de Ely Lopes Meirelles (2005, p.132/135) a ação popular há que sustentar em três requisitos: 1) O autor seja cidadão brasileiro; 2) ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar e 3) lesividade do ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a administração. (Resp. nº 557551/SP - Relatoria originária Ministra Denise Arruda, Rel. para acórdão Ministro José Delgado, julgado em 06.02.2007, noticiado no Informativo nº 309/STJ).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2000, p.104) informa que diversos autores sequer aceitam a existência do princípio da moralidade administrativa, enquanto outros entendem que se encontra absorvido dentro do próprio princípio da legalidade.

José Afonso da Silva (2001, p.466) observa que a se exigir que um ato administrativo imoral seja também ilegal, isso irá “liquidar com a intenção do legislador constituinte de contemplar a moralidade administrativa como objeto de proteção desse remédio”.

Para Susana Henriques da Costa (2015, p.110), após a inclusão da violação de moralidade administrativa como hipótese de cabimento da ação popular, a discussão restou um tanto quanto esvaziada, pois se o ato impugnado não lesar o patrimônio público, mas for ilegal, na maior parte das vezes, será também imoral, podendo ser, portanto atacado pela Ação popular.

Ainda que o conceito de moralidade contenha conteúdo vago que reclama seu confronto ao caso em concreto, a interpretação de um conceito vago é pressuposto lógico da aplicação da regra jurídica ou princípio jurídico.

Rodolfo Mancuso (2019, p.122) afirma que a moralidade administrativa pode e deve ser considerada uma categoria autônoma, significando dizer que um ato administrativo pode ser: a) legalmente formal; b) não lesivo ao erário; mas inobstante, ser moralmente insustentável e vindicável em ação popular.

Para o autor, o constituinte inseriu a moralidade administrativa como fundamento autônomo para a ação popular, não devendo o interprete enfraquecer a dicção constitucional, mas antes imprimir-lhe a máxima efetividade.

Neste sentido, a ideia se reforça pela norma do art. 37 caput da Constituição, que inclui a moralidade administrativa com um dos princípios a que a administração está sujeita.

Além disso o próprio dispositivo concernente à ação popular permite concluir que a imoralidade se constitui em fundamento autônomo para a propositura da ação popular, independentemente de demonstração de ilegalidade, ao permitir que ela tenha por objeto anular ato lesivo à moralidade administrativa (DI PIETRO, 2000, p.632).

3 AÇÃO POPULAR COMO PROTEÇÃO DA MORALIDADE CONTRA ATOS LESIVOS PRATICADOS EM TEMPO DE PANDEMIA

Após revisitado os conceitos e características da ação popular e da moralidade administrativa, demonstrando que tal instrumento manejado pelo cidadão se presta à proteção da coletividade, por si só, em razão de eventual afronta à

moralidade administrativa, necessário contextualizá-lo à luz dos atos lesivos praticados em tempo de pandemia.

Ao longo da Pandemia de COVID-19, verificou-se a proliferação de inúmeros atos no exercício da competência concorrente dos governos estaduais, distritais e suplementar dos governos municipais que, revestidas do manto emergencial e do estado de calamidade, afrontaram a moralidade administrativa.

Tamanho número de atos destoados da moralidade administrativa já rendeu a pecha de “pandemia da imoralidade”.

No que pesem outros inúmeros instrumentos de proteção da *res pública* sobejamente manejados pelo Ministério Público e demais legitimados, a utilização da ação popular pelo cidadão se mostra como importante ferramenta de participação e cidadania.

O princípio fundamental de cidadania numa perspectiva abrangente, enfatiza direitos civis e políticos, além de referir-se também aos direitos do cidadão que corresponde a uma qualidade agregada de direitos e deveres oriundos da relação das pessoas com o Estado, entendendo-se que o cidadão é o indivíduo que goza dos direitos e deveres civis e políticos de um Estado (COSTA, 2016, p.76 *apud* VOLPINI, 2011, p.537-556).

Márcio Camarano (2006, p.113) aborda a proteção da moralidade administrativa pelo cidadão da seguinte maneira:

Na medida em que o próprio Direito consagre a moralidade administrativa como bem jurídico amparável por ação popular, é porque está outorgando ao cidadão legitimação ativa para provocar o controle judicial dos atos que sejam inválidos por ofensa a valores ou preceitos morais judicializados. São esses valores ou preceitos que compõem a moralidade administrativa. A moralidade administrativa tem conteúdo jurídico porque compreende valores judicializados, e tem sentido a expressão moralidade porque os valores judicializados foram recolhidos de outra ordem normativa do comportamento humano: a ordem moral. Os aspectos jurídicos e morais se fundem, resultando na moralidade jurídica, que é moralidade administrativa quando reportada à Administração Pública.

A ação popular, com vistas a anular ato lesivo à moralidade administrativa oferece-se como uma das mais expressivas e formidáveis formas de exercício da cidadania e reconhecimento do Estado Democrático de Direito, passíveis de serem concretizadas por meio da provocação da tutela jurisdicional.

Contudo, não raras vezes o Julgador admita e reconheça a defesa da moralidade administrativa pela ação popular, esta tem sido relegada à guisa da

discricionariedade dos atos administrativos e preservação da separação dos poderes.

Em exercício de autocontenção em detrimento do chamado ativismo judicial, o judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes. Para muitos, cabe ao chefe do executivo, e não ao Poder Judiciário, a escolha das políticas públicas aptas a fazer frente à pandemia do COVID-19.

Neste sentido foi a decisão do TJDF proferida no Agravo de Instrumento nº 0722113-37.2020.8.07.0000, que revogou a decisão liminar concedida em ação popular manejada em face do Distrito Federal que suspendia o Decreto Distrital 40.939/2020 que promoveu a flexibilização gradual em relação ao funcionamento de alguns segmentos do setor econômico local, trazendo a lume a potencialidade lesiva dos bens jurídicos tutelados:

Pois bem, dúvidas não subsistem que a discricionariedade do ato administrativo é um campo fértil para diversas elucubrações e, sem prejuízo de eventual apuração de responsabilidade do gestor público pelas consequências do ato administrativo, não cabe ao poder judiciário, igualmente, sem embasamento em estudos elaborados por técnicos específicos das áreas envolvidas na matéria regulamentada, *in caso*, econômica e de saúde, presumir a existência de vício de ilegalidade.

A estrutura administrativa do Governo Local possui secretarias próprias nas respectivas áreas de saúde e economia para, em tese, embasarem as decisões tomadas pelo Poder Público na edição de seus atos normativos.

A presunção de legalidade, nesse caso, e de regularidade do ato, repese-se, milita em favor do poder executivo local, conclusão essa decorrente dos princípios elencados no artigo 37, caput, da Constituição Federal.

Assim, divisa-se, portanto, eventual invasão de competência por parte do prolator da decisão fustigada, na medida em que não compete ao Poder Judiciário se imiscuir nas competências legislativas próprias do Poder Executivo, restando evidente que a manutenção da decisão resistida demonstra ainda a potencialidade lesiva ao bens jurídicos aqui tutelado, quais sejam, a ordem e a economia públicas.

Assim, a conveniência e a oportunidade apontam para a suspensão da decisão resistida.

Algumas decisões passam mais ao longe ainda, suscitando que sequer cabe ação popular para impugnar ato regulamentado por Decreto Municipal que envolva a saúde pública, sob alegação que os róis de direitos tutelados nos incisos LXXIII do art. 5º da CF/88 não contempla a saúde pública, eis que esta trata-se de direito difuso ou coletivo e deve ser manejada pela via da Ação Civil Pública e não pela Ação Popular.

Neste sentido, a decisão do TJPR proferida no Agravo de Instrumento advindo da Ação popular proposta em face do Município de Irati/PR e seu prefeito que deu provimento para julgar extinta a ação popular que visava tornar sem efeito decreto municipal que dava novo entendimento sobre atividades essenciais:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXTINÇÃO DE AÇÃO POPULAR AJUIZADA PARA ANULAR DECRETO MUNICIPAL RELATIVO À PANDEMIA DE COVID-19. DESCABIMENTO DA AÇÃO POPULAR PARA BUSCAR RESGUARDAR GENERICAMENTE A SAÚDE PÚBLICA. INTERPRETAÇÃO EXCESSIVAMENTE AMPLA DO QUE SEJA MEIO AMBIENTE, PATRIMÔNIO PÚBLICO E MORALIDADE QUE NÃO SE COADUNA COM O AJUIZAMENTO DE AÇÃO POPULAR. ART. 5º, LXXIII, DA CF E ART 1º DA LEI FEDERAL Nº4717/65.

(...)

A saúde, no viés individual, integra o rol de direitos sociais, nos termos do artigo 6º da Constituição Federal (“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”), e, no viés coletivo, integra o conceito de Seguridade Social, (“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”), dispondo de Capítulo próprio, no Título VIII da Constituição Federal.

Como se vê, a saúde pública não está abarcada no conceito legal de patrimônio público tutelável pela Lei da Ação Popular, não sendo possível a propositura da Ação como na forma pretendida. (TJPR - 5ª Cível - 0016183-30.2020.8.16.0000 - Irati - Rel.: Desembargador Leonel Cunha - J. 05.10.2020)

No mesmo sentido a 2ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo nos autos do processo 1023966-15.2020.8.26.0053, julgou extinta, sem resolução de mérito, uma ação popular que pedia a construção de um hospital de campanha na zona leste de São Paulo, região mais populosa da cidade e também a mais afetada pelo Coronavírus.

Naqueles autos destacou a Juíza Lais Helena Bresser Lang que a Constituição não trata de atos lesivos contra a saúde pública nas hipóteses de ação popular e que o texto não pode ser interpretado de forma extensiva.

Caso a intenção do legislador fosse a de permitir a discussão sobre o direito à saúde, no bojo da ação popular, tê-lo-ia previsto de forma assertiva ou então na categoria de "direito difuso ou coletivo", como *exempli gratia* encontra-se previsto na Lei 7347/85, que rege a ação civil pública.

Creio que ambas as decisões poderiam ser diferentes se enfrentado o tema sob a ótica da moralidade administrativa, vez que a moralidade administrativa não pode ser vista como uma modalidade de direito difuso, pois não tem a dupla dimensão individual e supraindividual, típica dos direitos difusos e coletivos. A moralidade, assim, constitui direito geral da coletividade. O interesse geral, por seu turno, é um interesse metaindividual, pois não pertence individualmente a ninguém, mas sim a toda sociedade.

Segundo Susana Henriques da Costa (2015, p. 41) a moralidade administrativa é um interesse mais amplo e genérico que um interesse difuso e pode

ser considerada um dos fundamentos do Estado democrático de Direito. Trata-se de interesse geral.

O princípio da moralidade administrativa tem estado presente na pauta de julgamento das mais altas Cortes do país que em reiteradas decisões reconheceram a violação do aludido princípio é, por si só, fundamento para o desfazimento de atos praticados pelo Estado, sem a necessidade de concorrência de prejuízos materiais ou economicamente mensuráveis em desfavor da administração pública (COSTA, 2016, p.112).

No mesmo sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em conformidade com o precedente do tema nº 836 editado pelo Supremo Tribunal Federal:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO POPULAR. PRESSUPOSTOS. COMPROVAÇÃO DO ATO LESIVO. PREJUÍZO MATERIAL AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE.(...) Concluiu, entretanto, com base em precedentes do STJ e do STF, prescindível comprovar o prejuízo financeiro ao erário na Ação Popular, por entender suficiente a demonstração do ilícito (violação ao princípio licitatório) e de que a Administração deixou de adotar os critérios legais que prezam pela impessoalidade e moralidade na aquisição de bens e serviços pelo poder público, inviabilizando a competição entre os fornecedores e a escolha da proposta mais vantajosa pelo erário. (Eres 1192563/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/02/2019, De 01/08/2019).

No âmbito da administração pública, o poder normativo é viabilizado por Decreto, ato privativo do Chefe do Executivo. Tal poder normativo confere à autoridade pública a prerrogativa de editar normas gerais e abstratas, nos limites da legislação. Os decretos, em essência, regulamentam lei em sentido formal, ou seja, se destinam à sua fiel execução, mas não estão adstritos da observância da moralidade administrativa.

Não há dúvida que o controle judicial das atividades administrativas é limitado. O controle judicial é restrito à legalidade dos atos da administração pública, pois a intervenção judicial em situações de discricionariedade administrativa, oportunidade e conveniência, em especial as relativas aos atos de polícia, violaria o princípio da separação dos poderes (denominado “controle do mérito dos atos praticados no exercício da função administrativa”. Todavia, isso não significa que os atos discricionários não são passíveis de controle judicial, em especial na verificação se a conduta do gestor é compatível com os limites da discricionariedade, cuja análise tem como referência justamente os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e moralidade administrativa.

CONCLUSÕES

A evolução da ação popular em nossa legislação atuando na defesa dos bens mais caros da administração e dos interesses da coletividade como um todo atribuíram à ação popular o reconhecimento de democracia participativa como instrumento judicial posto à disposição de qualquer cidadão.

Partindo de um conceito inserto no art. 5º, LXXXIII da Constituição Federal de 1988 erigiu a moralidade administrativa como fundamento autônomo para a ação popular, nitidamente reconhecido pelo STF em repercussão geral sobre o tema.

Em razão da pandemia de COVID-19 e o declarado estado de calamidade pública, inúmeras medidas excepcionais têm sido adotadas pelos entes governamentais e seus gestores. Não resta dúvidas a respeito da importância do Estado em disciplinar e gerenciar uma situação de emergência que exige ações e alocação de recursos públicos.

Ninguém estava preparado para enfrentar a pandemia do Coronavírus 19. A legislação também não estava preparada para um evento de proporções catastróficas, exigindo de todos um comportamento ético que lança a moralidade administrativa como status de superprincípio.

A relutância em analisar as ações populares sob os óculos da moralidade administrativa tem de sobremaneira dificultado a busca de um resultado útil do processo, ao passo que os julgadores se atêm a critérios objetivos de lesão ao erário ou ilegalidade do ato administrativo.

A moralidade administrativa, saliente-se deve ser tutelada por via da ação popular de forma autônoma, independentemente da ocorrência de alguma lesão ao erário ou ilegalidade.

Não raras vezes, conforme visto ao longo deste trabalho, a ação popular tem sido relegada, inclusive, sob pretexto que não se presta à defesa da saúde pública por não estar inserida no rol previsto no art. 5º, LXXXIII, da CF e art. 1º da Lei Federal nº4717/65. Este obstáculo deve ser facilmente transponível pelas razões de não serem possíveis dissociar de quaisquer atos administrativos o princípio regente da moralidade administrativa, que por si só, já legitima o cidadão a instar a prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 16 de Julho de 1934, disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso: 17 set de 2021.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 05 de Outubro de 1988, disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 17 de set de 2021.

BRASIL, **Lei 4717, de 29 de Junho de 1965**, Regula a Ação Popular, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso: 17 de set de 2021.

CAMMAROSANO, Márcio, **O Princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

COSTA, Amarildo Lourenço, **Moralidade Administrativa na Ação Popular**, 1ª Ed. São Paulo: Baraúna, 2016.

COSTA, Susana Henriques da, **O Processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa: Ação de Improbidade Administrativa, Ação Civil Pública, Ação Popular**, 2ª de, São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FERRARESI, Eurico, **Acabo Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo: Instrumentos Processuais Coletivos**, 1ª. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca (et al.), **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.249 de 02 de Junho de 1992**, 4ª Ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, **Direitos Difusos e Coletivos II : (Ações Coletivas em Espécie : Ação Civil Pública, Ação Popular e Mandato de Segurança Coletivo** -Coleção saberes do direito nº 35 – São Paulo : Saraiva, 2012.

LEONEL, Ricardo de Barros, **Manual do Processo Coletivo**, 2ª de, São Paulo: RT, 2011

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, **Ação Popular: Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**, 7ª de, São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**, 12ª de, São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARQUES, José Frederico. **As ações Populares no Direito Brasileiro**, RT 266/5.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**, 37ª edição, São Paulo: Malheiros, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Mandado de Segurança**, 28ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

NIMER, Beatriz Lameira Corrico. **A Ação Popular Como Instrumento de Defesa da Moralidade Administrativa** (2016) Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2016

PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela Coletiva: Processo e técnica de padronização das decisões**, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.